

OS JULGAMENTOS DAS CORTES DE CONTAS E A CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*

*Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região,
Professor de Processo Civil na Faculdade de Direito do Recife/UFPE*

1. Introdução

Não são poucas as ações judiciais, movidas pelo Ministério Público, calcadas na alegação da prática de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), em que os gestores públicos acionados invocam, como *defesa preliminar*, capaz de motivar a pronta rejeição da ação (art. 17, parágrafo 7º da Lei 8.429/92), a prévia manifestação da Corte de Contas competente para a fiscalização dos fatos financeiros, econômicos, orçamentários ou contábeis da gestão objeto da ação.

Essas invocações dos acionados postulam, em geral, as seguintes diretrizes: *(a) a insindicalidade judicial dos atos de gestão administrativa, quando estes já tenham sido apreciados e aprovados pelo Tribunal de Contas, ou (b) a suspensão do processo alusivo à ação de improbidade administrativa, até que a Corte de Contas emita a sua apreciação sobre os atos e fatos da gestão postos sob exame judicial.*

No contraponto de tais alegações, é muito comum o Ministério Público argumentar que *as instâncias judicial e administrativa são autônomas, pelo que não seria cabível, do ponto de vista jurídico, condicionar a promoção da ação de improbidade administrativa ao prévio pronunciamento da Corte de Contas, ou submeter a própria decisão desse mesmo Tribunal a questionamento, no processo de improbidade contra o gestor.*

A controvérsia é importante, quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista prático, porque põe em causa não apenas a

decantada autonomia das instâncias, de longa e respeitável tradição no Direito brasileiro, mas também a *eficácia das decisões da Corte de Contas*, especificamente no que respeita à deliberação técnica pertinente à aprovação (ou à rejeição) das contas do gestor público.

É inegável, ao que parece, o reflexo necessário da decisão da Corte de Contas sobre o pedido contido na ação de improbidade administrativa, porque é possível entender que a *rejeição* das contas do gestor público, pela Corte de Contas competente, *corporifica indícios suficientes da existência de ato de improbidade*, de modo a satisfazer a imposição do art. 17, parágrafo 6º, da Lei 8.429/92, sendo justificável, nesse caso, a promoção da ação respectiva.

De igual modo, a aprovação das contas da gestão pública, pelo órgão competente para tomá-las, indica, *a contrario sensu*, a ausência de indícios de atos ímprobos imputáveis ao responsável pela gestão, *não se justificando, nesse último caso, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa*, precisamente à míngua desses elementos pré-definidores da viabilidade da ação.

2. Os Indícios de Existência do Ato Ímprobo e o Direito de agir na Ação de Improbidade

A petição inicial da ação de improbidade administrativa, por incontornável exigência do art. 17, parágrafo 6º, da Lei 8.429/92, será instruída com documentos ou justificação que contenham *indícios suficientes da existência do ato de improbidade* ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do CPC.

Observe-se, de logo, que não são *quaisquer indícios* hábeis a justificar a promoção da ação de improbidade administrativa, mas tão-só os qualificados de *suficientes*.

A expressão *indícios suficientes* não pode ser interpretada como significando *meros indícios*; muito pelo contrário, significa a *exclusão apriorística* de indicações indiciárias frágeis ou pressupostas, que devem ser rejeitadas pelo juiz, no exame de admissibilidade do pedido.

Para os processualistas penais, como o eminente Professor Hélio Tornaghi, os indícios que dão azo ao recebimento da denúncia *hão de ser tão fortes e veementes que gerem no espírito do julgador uma convicção próxima da verdade*; portanto, a voz *indícios suficientes* pertine a elementos bastantes em si para a revelação da probabilidade do pedido, isto é, a probabilidade do êxito da ação se mostra independentemente da necessidade de outros dados.

Por outro lado, veja-se que, nesse dispositivo da Lei 8.429/92, o conceito de *indícios suficientes* é associado, logo em seguida, ao de *prova*, não sendo casual ou irrefletida essa correlação: ela indica que cabe ao juiz, ao examinar a petição inicial da ação de improbidade administrativa, verificar, *com rigor*, se a dedução do pedido se lastreia em elementos idôneos e ensejadores da formação de *presunção jurídica positiva quanto à existência do ato de improbidade (ou juízo preliminar de viabilidade do pleito)*.

Assim, pode-se afirmar que o direito de agir mediante ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) é distinto, quanto aos requisitos da inicial, do direito de agir mediante ações cíveis ordinárias ou comuns, *pois nestas não se requer do promovente a prévia demonstração de indícios suficientes da existência do direito material postulado, mas tão-só e apenas a dedução de pretensão legítima, calcada na ausência de interdição legal a essa mesma pretensão*.

Dá-se a essa condição da ação cível comum o nome de *possibilidade jurídica do pedido*, indicando a inexistência de norma legal que proíba o ajuizamento da ação, calcada na pretensão ou causa de pedir declinada.

Esse ponto é bem sintetizado pelo douto Ministro Sálvio de Figueiredo, ao proclamar que *por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa* (REsp 1.678-GO, *Revista dos Tribunais* 652, p. 183).

Essa compreensão de *possibilidade jurídica do pedido*, como condição da ação, é criticada pelo Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão (*Comentários ao CPC*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2004, pp. 434 e segs.), mas tem o abono dos Professores Frederico Marques (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, Campinas, Millenium, 2000, p. 23), Hélio Tornaghi (*Comentários ao CPC*, vol. II, São Paulo, 1078 p. 267) e Ernane Fidelis dos Santos (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 50), dentre outros mestres de igual nomeada.

Na verdade, a *possibilidade jurídica do pedido* pertence ao universo do direito material e consiste na ausência de proibição sistêmica à formulação de pedido judicial de sua proteção, sob a *causa petendi* exposta pelo autor, visando ao seu asseguração contra qualquer violação ou ameaça de violação, *mas não se confunde com indício de sua plausibilidade*; portanto, uma pretensão poderá ser possível, no plano processual, *mas não se revelar imediatamente dotada de plausibilidade, à míngua de elementos de comprovação da realidade fática*.

São exemplos de *impossibilidade jurídica do pedido*, no ordenamento brasileiro, a *usucapião de imóvel público*, vedada pela Carta Magna (art. 191, parágrafo único), ou a cobrança da *dívida de jogo*, defesa pelo Código Civil de 2002 (art. 814).

Contudo, na província do Direito Sancionador, algo de específico ou especial se impõe, no tocante ao exercício do direito de ação, exigindo-se do promovente *não apenas a satisfação das condições genéricas da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica)*, *mas também a presença de requisito outro, que se classifica como condição*

específica (ou adicional) de procedibilidade, a teor de lição quanto à ação penal, ministrada com a sua reconhecida mestreza, pela Professora Ada Pellegrini Grinover (*Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 259).

Nas ações sancionatórias, ou seja, naquelas em que se visa a imposição de sanção ao promovido, não bastarão ao conceito de *possibilidade jurídica do pedido* a previsão legal do direito invocado ou a ausência de interdição ao direito de agir, *pois se requer do promovente muito mais que a exposição da pretensão*, como ensina a Magistrada e Professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

É que, para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade. O juízo do possível conduz à suspeita, e é inaproveitável para uma acusação. Para que uma pessoa seja acusada da prática de infração penal, deve despontar não como possível, mas como provável autor do delito. Daí dizermos que, com relação à autoria, devem existir, no mínimo, indícios bastantes para a imputação. (*Justa Causa para a Ação Penal*, São Paulo, RT, 2001, p. 222).

Como se sabe, na ação penal condenatória essa exigência se faz de forma rígida, ao se exigir que o seu autor, já ao apresentar a peça inicial (denúncia), *demonstre, por meio de sólidos elementos pré-apurados, a existência do fato em que se funda a pretensão, sem o que a peça inicial será recusada*.

O Professor Guilherme de Souza Nucci resume nestas palavras o seu preciso magistério sobre esse ponto:

Para que haja ação penal, é fundamental existir, ao menos em tese e de acordo com uma demonstração prévia e provisória, uma infração penal. Logicamente, nada impede que, diante do mecanismo existente de produção de prova pré-constituída (inquérito policial ou procedimento legal que o substitua) - para garantia do próprio indiciado -, verifique o Juiz que não há possibilidade para o pedido formulado,

rejeitando desde logo a denúncia. Invadiu o mérito, porque o primeiro estágio da persecução penal (investigação) trouxe provas suficientes da inviabilidade de realização do segundo estágio, isto é, do ajuizamento da ação, com todo o constrangimento que tal situação acarreta ao réu. (*Manual de Processo Penal e Execução Penal*, São Paulo, RT, 2006 p 170).

Essa exigência do Direito Processual Penal comum é aplicável, ao modo como se plasmou na seara do Direito Penal, a todas as iniciativas sancionatórias, qualquer que seja a sanção pretendida, ou seja, *tem acolhimento assegurado em todas as ações do vasto universo do Direito Sancionador*.

Como leciona o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho, à denúncia criminal é *indispensável a presença de elementos de todo sérios e idôneos, quanto ao fato imputado (existência material do ilícito) e, igualmente, a de indícios razoáveis quanto à alegação de ser determinada pessoa o seu autor* (CPP Comentado, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 121), enquanto o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira associa essa dupla exigência ao direito de defesa do acusado:

A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*. (*Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 94).

A jurisprudência dos Tribunais consolidou, quanto à denúncia criminal, orientação segura (*que se reputa aplicável às outras iniciativas sancionatórias*), ao proclamar que não se assegura o trâmite de ação penal, *se a peça inicial não satisfaz, por inteiro, aquelas prefaladas exigências*, como se vê nestas paradigmáticas decisões do colendo STJ:

A peça acusatória deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciado, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Se não houver um lastro probatório mínimo a respaldar a denúncia, de modo a tornar esta plausível, não haverá justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis*. (REsp 43.548-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 02.10.06, p. 293).

Quando inexistem indícios suficientes quanto à autoria do delito, tem-se por evidente a ausência de justa causa para a ação penal. Admite-se, sem dúvida, *Habeas Corpus* que questione defeitos da denúncia relativos aos seus requisitos. (HC 38.717-SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 15.05.06, p. 292);

Para o exercício regular da ação penal, pública ou privada, é indispensável, entre os pressupostos do art. 43 do CPP, a justa causa, expressa em suporte mínimo de prova da imputação. A credibilidade da ação decorre de prova evidente do fato. O simples relato da suposta ofensa, na queixa crime, isoladamente, não justifica o seu recebimento. Recurso improvido. (REsp 441-RJ, Rel. Min. José Cândido, *Revista dos Tribunais* 674, p. 341).

Como agora se sustenta, essa dúplici exigência (*prova da materialidade e indícios de autoria do ato ilícito*) há de ser feita, de modo igual e sem retoques, na petição inicial da ação de improbidade administrativa e em todas as outras proposições sancionatórias, no âmbito do Direito Sancionador.

Transpondo-se esse raciocínio para a análise da admissibilidade da ação de improbidade administrativa, pode ser dito que, tal como se dá no exercício do juízo preliminar da ação penal, *exerce o órgão julgante atividade que em nada se assemelha ao exercício burocrático de apenas impulsionar o pedido, pois é indispensável que, nessa fase preambular, se achem mais razões para crer, do que para se descrever na imputação formulada*.

Como se tem amiúde afirmado, *a mera suspeita não basta à instauração da ação penal, como também não basta à da ação de*

improbidade, mas se exige, tanto numa, como na outra, que o órgão denunciante ou promovente disponha de elementos indiciários fortes, capazes de produzir a crença na viabilidade de cada uma dessas ações; sem embargo, poderá (e mesmo deverá), se for o caso, desenvolver ampla investigação dos fatos e, colhendo indícios materiais do ato ímprobo, ajuizar a ação sancionatória.

3. A Materialidade do Ato de Improbidade Administrativa

Um problema cuja solução nem sempre tem sido uniforme, tanto na doutrina jurídica, como na jurisprudência dos Tribunais, é esse da identificação dos *indícios de ato infracional* que bastem à promoção de ação calcada no Direito Sancionador, qualquer que seja o conteúdo da conduta a ser reprimida.

É claro que nos domínios do Direito Penal, *por ser o mais importante e fértil ramo do Direito Sancionador*, a exigência desses elementos indiciários se faz da forma mais rigorosa e rígida possível, em face do elaborado conceito de *justa causa* atuante nessa província jurídica, condicionante da promoção da ação penal, como unanimemente apregoam os mestres mais acatados.

No que respeita à pré-definição do ato ímprobo, o que serve de suporte à ação da Lei 8.429/92, são de essencial relevância os elementos analíticos das decisões das Cortes de Contas, *quando manifestam desaprovação aos atos do gestor público, pertinentes à administração financeira/contábil dos recursos públicos, examinados pelo Tribunal competente, em regular processo administrativo de tomada de contas.*

As decisões dos Tribunais de Contas, em matéria de fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta (art. 70 da CF/88), *devem ser tidas como conclusivas, no âmbito administrativo,*

somente podendo ser desconsideradas quando (e se) propostas contra elas ações judiciais com a finalidade específica de desconstituí-las, sob o fundamento de haverem sido prolatadas em desarmonia com a Constituição ou com a Lei.

Não se afigura aceitável que as decisões das Cortes de Contas sejam *simplesmente desconsideradas*, como se fossem meras peças ornamentais, desprovidas da potestade de produzir efeitos jurídicos consistentes, quer quando aprovam, quer quando rejeitam as contas apresentadas pelos gestores públicos, após examinadas sob as garantias do devido processo legal administrativo.

Em face disso, pode-se concluir que as decisões de teor materialmente jurisdicional, adotadas pelos órgãos colegiados administrativos, em processo regular, não podem ser contrasteadas pela Administração, na via judicial, pois se trata de atos por ela própria praticados e, portanto, autovinculantes, gerando, em prol do administrado, direito que se integra de logo no seu patrimônio jurídico, como direito subjetivo; tais atos decisórios podem, contudo, como os atos administrativos em geral, ser revogados pela própria Administração, *desde que respeitados os direitos individuais, como se prevê o verbete 473 da Súmula do STF.*

Em estudo monográfico de alto valor doutrinário, o Professor Schubert de Farias Machado assinala que o devido processo legal, no âmbito administrativo, *produz solução que se tem por definitiva, vinculante da Administração Pública*, até mesmo por ser julgamento da sua própria lavra; e assim o douto tributarista cearense expõe e encerra a sua lição:

Por isso, podemos dizer, com segurança, que a decisão que encerra o processo administrativo não decorre da simples conveniência administrativa. É ato administrativo vinculado e com conteúdo judicante. (...). O conteúdo judicante da decisão administrativa decorre, sobretudo, da garantia constitucional da obediência ao devido processo legal, por

parte dos órgãos administrativos de julgamento. As decisões oriundas desses órgãos estão, por isso, sujeitas a um regime jurídico próprio, que as distingue dos atos administrativos em geral, que decorrem e permanecem no âmbito da conveniência e oportunidade da Administração. ("O Ingresso da Fazenda Pública em Juízo para anular a Decisão Final Proferida em Processo Administrativo", *Processo Judicial Tributário*, coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 338).

Será legítimo concluir que as decisões das Cortes de Contas, na seara dos julgamentos das contas dos gestores públicos, corporificam decisões administrativas de *conteúdo judicante*, dotadas de validade, veracidade, eficácia e certeza, como o são os atos administrativos, *de modo que não podem essas decisões ser simplesmente ignoradas, descartadas ou havidas por inexistentes*.

Como já proclamado pelo colendo STF, as decisões dos Tribunais de Contas sobre as contas públicas, adotadas em regular julgamento dos atos das gestões dos gestores públicos, têm inegável natureza técnica e jurídica, eis que tomadas dentro dos rigores do devido processo legal, *embora possam ser desconstituídas, como os atos administrativos o podem, mediante ação judicial com esse propósito, se ocorrente irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade* (RE 5.582-PR, Rel. Min. Victor Nunes Leal, DJU 24.11.67, p. 3.949).

Como pondera o eminente Ministro do STF, Professor Carlos Ayres Britto, (...) *os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas (...) só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica, isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais* ("O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas", *Revista Diálogo Jurídico* nº 9, Salvador, dez./2001), por isso são juízos definitivos de legalidade, que vinculam a Administração Pública e geram direitos subjetivos em prol ou contra os indivíduos, conforme os conteúdos das decisões.

Quanto às decisões dos Tribunais de Contas, seria equivocado asseverar que se trata de atos administrativos de estrutura ou significado comuns ou de eficácia em tudo igual àquela ostentada pelos atos rotineiramente praticados pela Administração pública, pois se impõe ver que tais decisões são *materialmente jurisdicionais*, que não se confundem, todavia, com as *judiciais*, privativas dos órgãos do Poder Judiciário, em que as Cortes de Contas não se integram.

Esse aspecto já fora enfatizado pelo eminente Professor Hely Lopes Meireles, há mais de 20 anos, quando advertia que *não se devia empregar a expressão controle jurisdicional em lugar da expressão controle judicial*, pois, como ensinava o saudoso doutrinador, *a jurisdição é a atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário, como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam a Lei*, assim arrematando a sua oportuna lição:

Portanto, todos os poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é (o poder), de dizer o direito com a força de coisa julgada. Não se confunde, pois, o controle judicial, privativo do Poder Judiciário, com o controle jurisdicional administrativo, exercido por qualquer outro órgão, inclusive do Poder Judiciário em função administrativa. ("A Administração Pública e os seus Controles", *Revista de Direito Administrativo* n° 114, Rio de Janeiro, out/dez. 1973, p. 23)

O Ministro Aliomar Baleeiro, do colendo STF, já qualificava de *jurisdicional* o tipo de controle orçamentário vigente no Brasil, pois via na configuração institucional das Cortes de Contas do Brasil o plexo das macrocaracterísticas típicas do *controle jurisdicional*, quais sejam: (a) *órgão colegiado composto de membros sem dependência direta do Parlamento nem do Executivo*; (b) *processo judicial de apreciação das contas*; e (c) *subordinação da contabilidade ao Executivo sob fiscalização desse órgão* (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 420).

O Professor Ricardo Lobo Torres também expede ponto de vista que se harmoniza com esse, ao afirmar a autonomia e a função jurisdicional dos Tribunais de Contas, dizendo o seguinte:

Não há dúvida de que o Tribunal de Contas, autorizado pela Constituição Federal a elaborar o seu regimento interno com a mesma autonomia do Poder Judiciário, exerce alguns atos típicos da função jurisdicional em sentido material, pois que julga as contas dos administradores e responsáveis com todos os requisitos materiais da jurisdição: independência, imparcialidade, igualdade processual, ampla defesa, produção plena das provas e direito a recurso. (*O Orçamento na Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 359).

O eminente Miguel Seabra Fagundes, um dos mais louvados mestres do Direito Administrativo brasileiro, manifestava-se de forma ainda mais clara sobre esse tema, afirmando o seguinte:

Tribunal de Contas não aparece na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário. Dele se trata no capítulo referente ao Poder Legislativo, do qual constitui, pelo menos por algumas das suas atribuições, órgão auxiliar. Não obstante isso, o art. 71, parágrafo 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente; os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo. (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1967, pp. 139/141).

Na autorizada opinião do Ministro Castro Nunes, as manifestações das Cortes de Contas têm eficácia ainda mais ampla, podendo ser entendidas como condicionantes da própria ação penal, dizendo esse celebrado jurista que *as decisões proferidas na jurisdição constitucional de contas, que têm naquele Tribunal* (de Contas da União) *o seu órgão privativo, condicionam a instauração da ação penal e não*

podem ser revistas, quer no juízo penal, quer no cível da execução (Teoria e Prática do Poder Judiciário, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 23).

Segundo a consideração do jurista cearense Daniel Bastos Vasconcelos Bomfim, deve ser rejeitada a tese de que as Cortes de Contas *não realizam julgamentos dotados de definitividade, asseverando que a própria Carta Magna prevê os casos de julgamentos fora do âmbito da estrutura judiciária*, para enfatizar que, sem esse resultado, as instâncias administrativas seriam, na verdade, desnecessárias (*Estudo da Inelegibilidade, Desaprovação das Contas pelo Poder Legislativo*, Fortaleza, O Curumim sem Nome, 2004, p. 30).

4. As Decisões das Cortes de Contas e a Existência de Ato Ímprobo

Sob o fundamento de que a apuração do ilícito administrativo (pela Corte de Contas) e da prática do ato de improbidade (pelo Poder Judiciário) se fazem em *instâncias distintas*, não poucos julgados têm asseverado que *a promoção da ação de improbidade administrativa independe dessa prévia manifestação*.

Ao ver dessa corrente jurisprudencial, não importa se a Corte de Contas tenha (ou não) examinado as contas da gestão do agente público, nem se as tenha aprovado ou rejeitado; funda-se essa tese na dicção do art. 21, II, da Lei 8.429/92, segundo o qual *a aplicação das sanções previstas nesta Lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas*.

A inteligência desse dispositivo legal não há de fazer *tabula rasa* dos artigos da Carta Magna, que definem o perfil constitucional das Cortes de Contas e lhes outorga, *funções insubstituíveis*, vale dizer, insusceptíveis de serem *repassadas a outros órgãos*, sejam administrativos ou sejam mesmo jurisdicionais.

É preciso realçar que o gestor público *presta as suas contas à Corte de Contas, constitucionalmente competente para torná-las*, não estando, portanto, sujeito a prestá-las a outras autoridades do sistema jurídico, quaisquer que sejam as suas funções: *nem a autoridade policial, nem o Ministério Público e nem os órgãos do Poder Judiciário detêm competência para tomar as contas do gestor público.*

A definição da competência do agente é um dos mais importantes elementos condicionantes da validade jurídica dos atos praticados pela Administração Pública, *eis que o vício de sua incompetência fulmina definitivamente o préstimo ou a validez de sua atividade*, na unânime lição dos doutores.

Por outro lado, o gestor público, estando obrigado a prestar as contas de sua gestão, deve fazê-lo ao órgão *constitucionalmente competente* para torná-las (a Corte de Contas), e não a outros órgãos estatais, por mais relevantes que sejam; assim, o gestor público *tem o direito subjetivo à manifestação administrativa da Corte de Contas, em processo administrativo regular, sobre as contas da sua gestão*, como etapa insuperável do devido processo legal, na tomada dessas mesmas contas.

É certo que a doutrina jurídica e a jurisprudência, atentas à garantia do amplo acesso ao Poder Judiciário e à da universalidade da jurisdição, eliminaram a necessidade do prévio exaurimento da via administrativa, para se impetrarem ações judiciais (o mais difundido exemplo é o do mandado de segurança), *mas essa orientação inspira-se em favorecer a defesa dos direitos subjetivos dos indivíduos, e não no intuito de fragilizá-los, diante da ação sancionatória ou punitiva do Poder Público, eliminando a instância técnica.*

Não há razão jurídica para se proclamar não ter o gestor público, direito à pré-manifestação da Corte de Contas, sobre os atos financeiros de sua gestão, como condicionante da ação em que se lhe

imputa a prática de ato de improbidade administrativa, *a não ser que se diga que as decisões da Corte de Contas sejam juridicamente irrelevantes, assim se afrontando, ao mesmo tempo, tanto o seu perfil como as suas funções constitucionais.*

Quando se descarta a exigência da pré-manifestação da Corte de Contas, em tema de apreciação das contas do gestor público, não haverá como ocultar que possa a solução judicial da ação de improbidade administrativa entrar em conflito com a decisão que sobre a mesma espécie processual viesse a adotar a Corte de Contas, *gerando o indesejável confronto entre decisões sobre a mesma espécie.*

Não se haverá de resolver esse conflito apenas se afirmando que as decisões da Corte de Contas *não ostentam a natureza de ato jurisdicional em sentido estrito, apenas por serem elas passíveis de reexame pelo Poder Judiciário, inclusive em face do princípio da universalidade da jurisdição*, pois essa argumentação apenas revela que tais decisões podem ser desconstituídas pela via judicial, por meio de ações próprias que questionem a sua validade, *mas não lhes tolda a eficácia imediata que ostentam e conservam, pelo menos enquanto não forem desconstituídas.*

De melhor orientação será exigir-se sempre o prévio pronunciamento da Corte de Contas sobre os atos da gestão pública do agente apontado como ímprobo, *para somente após se deflagrar a ação de improbidade administrativa contra esse mesmo agente e em razão desses mesmos fatos*, entendendo-se que a decisão da Corte de Contas, rejeitando as contas do gestor, *materializa os indícios da existência dos atos de improbidade a serem objeto da sanção punitiva jurisdicional nessa via, segundo a exigência do art. 17, parágrafo 6º da Lei 8.429/92.*

Conviria recordar que essa é a lógica jurídica que se observa nas iniciativas sancionatórias de crimes contra a ordem tributária (art. 83 da Lei 9.430/96), nas quais é *indispensável* a conclusão do procedimento

administrativo pela autoridade fiscal competente, para a propositura da ação penal, conforme já assentado no STF:

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da Autoridade Fiscal (ADI/MC 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática de crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva no processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. (HC 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.05.05, p. 6)

Tratando-se dos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90, a instauração da concernede perseguição penal depende da existência de decisão definitiva, proferida em sede de procedimento administrativo, na qual se haja reconhecido a exigibilidade do crédito tributário (*an debeatur*), além de definido o respectivo valor (*quantum debeatur*), sob pena de, em incorrendo essa condição objetiva de punibilidade, não se legitimar, por ausência da tipicidade penal, a válida formulação de denúncia do Ministério Público. Precedentes. (HC 84.262-DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 29.04.05, p. 45)

Esses prévios pronunciamentos administrativos, nos crimes contra a ordem tributária, *evidenciam a materialidade dos ilícitos penais respectivos*, servindo para instrumentar as ações judiciais penais contra os seus cometedores; igual raciocínio pode ser desenvolvido no tocante aos atos de improbidade, servindo as decisões das Cortes de Contas como meios de evidenciar os indícios de materialidade desses ilícitos.

5. A Condição Específica da Ação de Improbidade e a Punibilidade Objetiva do Ato Ímprobo

Importa recordar que o *direito de ação* é uma garantia constitucional assegurada em termos de *notável amplitude* (art. 5º, XXXV, da Carta Magna), como que tendendo à incondicionalidade, mas a verdade é que o seu exercício deve se ajustar a determinados requisitos legais,

agrupados sob a rubrica de *condições da ação*, a doutrina jurídica classifica essas condições da ação cível em duas categorias:

a) as condições genéricas, exigíveis em qualquer tipo de ação judicial, identificadas essas condições como a legitimidade para agir, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido, isso se tendo em conta a concepção abstratista do direito de ação, como reporta o eminente Professor Celso Neves (*Estrutura Fundamental do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 125), e

b) as *condições específicas*, exigíveis em face de peculiaridade no modo de exercer o *jus actionis*, nos casos em que a petição inicial deva vir apoiada em seguros elementos indiciários pré-constituídos, *apurados extra e anteprocesso, e instruindo o pedido, não sendo admissível a sua produção ulterior, na fase probatória*.

O Professor Rodrigo da Cunha Lima Freire enaltece, com absoluta convicção, a importância das condições da ação (*abrangendo as genéricas e as específicas*), dizendo que servem para *impedir a instauração ou o prosseguimento de processos que nunca poderão produzir um resultado útil* (*Condições da Ação*, São Paulo, RT, 2000, p. 68), assim ministrando lição de inegável valia prática, ao apontar ao juiz caber-lhe indeferir, de logo, a inicial da ação, *se ausente qualquer das suas condições*, porque, em tal caso, se verifica uma impossibilidade de conhecimento do seu mérito.

A exigência da demonstração de haver o promovente implementado alguma condição específica do direito de agir assume maior complexidade e interesse *quando se trata de ação pertencente do Direito Sancionador, por importar em requisito condicionante da atividade do Ministério Público, o que é visto com justificável reserva por parte dos mais destacados membros dessa respeitável instituição*.

A objeção mais comum (e de maior aceitabilidade) é a que se funda nas funções constitucionais do Ministério Público (art. 129 da Carta Magna), cujo exercício não poderia ser tolhido por exigência administrativa, que lhe seria, por assim dizer, inferior; *além dessa objeção, outra se levanta de igual relevo, qual seja a de que as instâncias judicial e administrativa são independentes, não se subordinando uma aos procedimentos da outra.*

Quanto ao primeiro ponto (*primazia do Ministério Público sobre as instâncias administrativas, em face mesmo do perfil constitucional do MP*), deve ser dito que a questão não se resolveria com o recurso à hierarquia, pois distintas, de todo o modo, as suas especialidades funcionais e as dos órgãos e entidades da Administração, *mas sim com a aplicação das regras de competência, essas que repartem as funções do Poder Público em diferentes instituições da sua estrutura.*

Alegar que a *instância administrativa* é distinta ou independente da *instância judicial* tem sido o argumento maior dos autores que sustentam que as ações sancionatórias (dentre as quais a de improbidade administrativa), propostas perante o Poder Judiciário, *não estão condicionadas à conclusão dos procedimentos administrativos prévios em que se apure a ocorrência dos atos infracionais puníveis*; ao ver desses autores, a materialidade da infração poderá ser revelada ou comprovada no trâmite do próprio processo sancionador.

É longa e respeitável, no Direito brasileiro, a tradição da separação de instâncias, desenvolvida, sobretudo, nos arraiais do Direito Penal, para se afirmar a *autonomia da ação penal condenatória*, de feitio a não condicioná-la ao resultado de procedimentos administrativos antecedentes à sua promoção.

Entretanto, a exigência de prévia conclusão de procedimento administrativo *nem sempre poderá ser entendida como condição de procedibilidade da ação sancionatória (seja penal ou de outra natureza),*

importando em nítido e claro cerceamento da iniciativa do Ministério Público.

A *condição de procedibilidade* é um requisito de ordem processual, posto expressamente no próprio dispositivo legal instituidor da ação sancionatória, de que são exemplos a *representação do ofendido*, no crime contra a honra de funcionário público, perpetrado em razão de suas funções (art. 145, parágrafo único c/c o art. 141, II do CPB), no crime de ameaça (art. 147, parágrafo único do CPB), no crime de violação de correspondência (art. 151, parágrafo 4º do CPB), dentre outros, bem como a *requisição do Ministro da Justiça*, no crime contra a honra do Presidente da República ou Chefe de Governo Estrangeiro (art. 145, parágrafo único c/c o art. 141, I do CPB).

A ausência da condição de procedibilidade impede que o Ministério Público tome a iniciativa processual, ou seja, a ação ministerial não poderá ser proposta, enquanto não implementada a condição específica para agir.

O acatado Professor Guilherme de Souza Nucci é bem explícito, quanto ao ponto, dizendo o seguinte:

Determinadas ações penais, como é o caso, ilustrando, das públicas condicionadas, dependem do preenchimento de certos requisitos que vão além dos genéricos. Neste caso, para que o Ministério Público possa oferecer denúncia, torna-se fundamental constatar a existência de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, conforme o caso. Inexistente a representação, quando a lei assim demandar, falta condição específica para a ação penal, cabendo a rejeição da denúncia. (*Manual de Processo Penal e Execução Penal*, São Paulo, RT, 2006, p. 175).

O Professor Eugênio Pacelli de Oliveira, por sua vez, ministra lição com esse mesmo conteúdo:

No processo penal, em determinadas situações, a lei exige o preenchimento de determinadas e específicas condições para o exercício da ação penal. Assim, por exemplo, nas ações

penais públicas condicionadas, o Ministério Público somente poderá ingressar com a ação se já oferecida a representação (autorização ou consentimento do ofendido ou outro a tanto legitimado) ou requisição do Ministro da Justiça, hipótese, dentre outras, dos crimes previstos no art. 7º, parágrafo 3º, *b*, do Código Penal, e daqueles praticados contra a honra do Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro (art. 145, parágrafo do Código Penal). (*Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 75).

A *condição objetiva de punibilidade* diz respeito à ocorrência da *justa causa* na ação sancionatória, interessando à própria sancionabilidade do ilícito, como o diz o Professor Luiz Flávio Gomes:

Condição objetiva de punibilidade é uma condição criada pelo legislador, por razões de política criminal, que está coligada não com o merecimento da pena, mas sim com a sua necessidade. Ela não interfere no injusto penal (fato materialmente típico + antijuridicidade) nem na culpabilidade do agente. Integra, isso sim, fato punível (a punibilidade abstrata). Toda condição objetiva de punibilidade está fora do fato e, portanto, fora do dolo do agente. É algo a mais, um *plus* que o legislador passa a exigir para que o fato seja ameaçado com pena (seja punível, em tese). ("A Nova Lei de Falência e suas Repercussões Criminais", II, www.mundolegal.com.br).

O douto Professor Heleno Cláudio Fragoso analisou com maestria a natureza da *condição objetiva de punibilidade* e ministra a seu respeito esta precisa lição:

Não há em nossa lei penal disposição sobre condições objetivas de punibilidade. Não obstante, a existência de tais condições tem sido afirmada pela doutrina e pela jurisprudência, a exemplo do que ocorria na Itália, antes da vigência do Código Rocco. É lamentável que o legislador brasileiro tivesse se esquivado de dar à matéria solução clara e precisa, na letra do Código, ao invés de deixá-la entregue às incertezas da doutrina.

A análise de várias figuras de delito previstas na parte especial, revela que existem, indubitavelmente, condições exteriores à conduta, das quais depende a punibilidade. Em tais casos, verifica-se que a punibilidade do fato está subordinada não só à realização da ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, mas também a certas condições objetivas. São objetivas, porque sua eficácia jurídica

independe de culpa ou de qualquer nexó psicológico, relativamente à conduta incriminada.

A inclusão de tais condições na definição de delito é geralmente inspirada por razões de política criminal, entendendo o legislador que sem elas não se justifica a punibilidade do fato, pela ausência de dano efetivo ao interesse tutelado ou por outra razão de oportunidade ou conveniência.

A condição de punibilidade é, assim, numa primeira aproximação, a circunstância de que depende a punibilidade, ou seja, o antecedente indispensável para que ocorra a punibilidade do fato. Num sentido geral, condição da punibilidade é a realização do fato incriminado. As condições que estudamos, porém, só podem ter sentido dentro de concepção mais restrita, pois são elementos estranhos à culpabilidade, aos quais a lei subordina à punibilidade do fato.

(...)

A condição objetiva de punibilidade é, em regra, prevista no preceito ou na sanção, mas pode resultar do sistema legal aplicável à matéria. É indiferente que a lei a estabeleça em forma condicional ou em oração relativa, desde que a característica condicionante seja perfeitamente reconhecível. As condições objetivas de punibilidade tendem a desaparecer no Direito Penal moderno, onde a máxima *nulla poena sine culpa*, vai adquirindo o sentido de princípio básico e fundamental de todo o sistema punitivo. Condicionam elas a punibilidade do fato a circunstâncias alheias à culpabilidade, motivo pelo qual impõe-se uma interpretação restritiva, devendo entender-se, na dúvida, que a condição é integrante do tipo.

Condição objetiva de punibilidade existe claramente no art. 122 do CPB, que subordina a punibilidade do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, à efetiva consumação deste ou ao resultado de lesões graves (na hipótese de suicídio tentado). Este resultado é objetivo, pois é indiferente (salvo para a medida da pena), que o agente o tenha querido ou assumido o risco de produzir. O erro de fato em relação ao mesmo é irrelevante. ("Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade", *Revista dos Tribunais* vol. 739, maio/1997, pp. 753/761).

O Professor René Ariel Dotti manifesta-se nesse mesmo sentido, como se vê nesta passagem:

Também são independentes as noções de punibilidade e de condição objetiva de punibilidade. Esta é exterior à conduta típica, mas a lei estabelece como indispensável para a punibilidade. Conforme autorizada doutrina (Fragoso, 1985. p. 225), não existe crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verifique. Antes dela não se pode falar em crime condicional ou condicionado e muito menos de crime de punição condicionada, como querem alguns autores italianos, porém um fato irrelevante para o Direito Penal. O fato somente se torna punível a partir do momento em que a condição se realiza. ("Teoria Geral da Punibilidade", *Revista CEJ* n° 7, abr./1999).

Transplantando-se as lições desses doutrinadores eméritos para o campo processual da ação de improbidade administrativa, poder-se-á concluir que a ela se fazem aplicáveis todas as suas conclusões, pelo que se há de exigir, do autor de tal ação, a demonstração indiciária suficiente (veemente) da *plausibilidade* do seu pleito, não apenas da sua possibilidade jurídica, vista esta como condição genérica de qualquer ação, seja, ou não, albergada na seara do Direito Sancionador.